

衆議と戦略：裁判官たちを制約するものは何か

著者	武田 芳樹
雑誌名	山梨学院ロー・ジャーナル
巻	8
ページ	133-167
発行年	2013-07-30
URL	http://id.nii.ac.jp/1188/00002909/

衆議と戦略

——裁判官たちを制約するものは何か——

武 田 芳 樹

はじめに

1 憲法上の制約

2 戦略的リーガリズム

- (1) 法システムとしての憲法
- (2) 違憲審査と民主主義
- (3) 合議法廷における意思決定
- (4) 戦略的リーガリズム

3 検討

- (1) 裁判官たちを制約するものは何か
- (2) ニュー・リーガル・リアリズムへの応答

おわりに

はじめに

アメリカ合衆国連邦最高裁判所（以下、単に「連邦最高裁」と略記する）の判例研究を収録した書物のタイトル『衆議のかたち⁽¹⁾』は、裁判所の意思決定の

（1） 藤倉皓一郎・小杉丈夫編『衆議のかたち アメリカ連邦最高裁判所判例研究（1993～2005）』（東京大学出版会、2007年）

あり方を象徴的に言い表している。本稿のタイトルも、この書物の表現に基づくものである。これまで日本の憲法学説は、違憲審査制を立法府と行政府に対抗する制度と理解し、司法府が政治部門の判断にどの程度まで介入することが許されるのかという問題を検討してきた。しかし、このような問題の設定によって、見逃されてしまう問題群も存在しているように思われる。本稿が検討しようとする、司法部内部の意思決定のあり様は、そのような問題の典型といつてよいであろう。洋の東西を問わず、最高裁判所の意思決定は複数の裁判官たちが審理に参加する合議によって行われる。文献の中で判例として記述される法規範の内容も、裁判所の判断であることは確かであるが、裁判官が個人として行う判断とはその性質が異なっている。本稿は、このような衆議のかたちとしての憲法判断という視点から、憲法解釈に際して裁判官を拘束するものを検討しようと考えている。本稿は、憲法解釈が①憲法によって規範的に拘束された裁判官たちによって、②個々の裁判官たち単独ではなく、合議を通じて形成される意思決定であることに着目する。

そもそも、立憲的意味の憲法とは、国家権力を制限し国民の権利を保障すること目的とする法規範である。違憲審査制が導入された今日では、国民の権利保障が究極的には裁判官たちの手に委ねられることになる。このため、憲法学の主要な関心は、憲法解釈における裁判官たちの恣意的な判断を許さず、いかにして国民の権利保障という重要な職務を実行させるのかという問題に集中してきた。違憲審査基準論も、制約された憲法上の権利の重要性と制約の強度によって、目的と手段の2つの審査方法を予め設定してしまうことにより、裁判官たちの憲法判断を拘束する試みと位置づけることも可能である⁽²⁾。また、違憲審査制の「反多数派主義の難点」(countermajoritarian difficulty)⁽³⁾というアメ

(2) 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(下)」ジュリスト1364号122頁は、「審査基準論は、いわば利益衡量の仕方を指図し方向づける基準を設定することにより、裁判官の主観的判断を可能な限り限定しようと考えているのである」と述べている。

(3) ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR

リカにおける問題設定に影響を受けた日本の憲法学説において、違憲審査制と民主主義に基づく統治体制との調和が盛んに議論されたことは記憶に新しい⁽⁴⁾。従来の研究は、裁判所を法的に拘束することによって、その恣意的な憲法判断を排除する一方で、国民の権利保障という究極の目標を実現するという困難な作業を達成しようとしてきた。しかし、現実の裁判官たちの活動をみてみると、法規範や法理論による拘束だけでは司法による法形成過程を説明することができない場合も多い。また、あるひとつの法理論にしか従わない裁判官を思い描いてみると、そのような裁判官は本当に理想的な存在ということが出来るのかは疑問である。このように、実証的なレベルにおいても規範的なレベルにおいても、法による裁判官たちの拘束を語るだけで、憲法学が課題とする問題を探求することはできないように思われる⁽⁵⁾。

OF POLITICS 16 (2d ed. 1986).

- (4) 長谷部恭男「政治過程としての違憲審査」ジュリスト1037号（1994年）、長谷部恭男「政治取引のバザールと司法審査」法律時報67巻4号（1995年）、長谷部恭男「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌111巻11-12号（1998年）、長谷部恭男「それでも基準は二重である！」および「司法審査と民主主義の正当性」同『比較不能な価値の迷路 リベラル・デモクラシーの憲法理論』（東京大学出版会、2000年）第7章および第9章、阪口正二郎「政治過程と司法審査—— Taking Democracy Seriously——」社会科学研究42巻3号（1990年）、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）、松井茂記『二重の基準論』（有斐閣、1994年）、松井茂記「プロセス的司法審査理論 再論」米沢広一・松井茂記・土井真一編『現代立憲主義と司法権 佐藤幸治先生還暦記念』（青林書院、1998年）、松井茂記「なぜ立憲主義は正当化されるのか・上・下——阪口正二郎『立憲主義と民主主義』を読んで」法律時報73巻6号・8号（2001年）、市川正人「最近の『二重の基準論』論争をめぐる」立命館大学政策科学3巻3号（1996年）、市川正人「違憲審査と民主制」佐藤幸治・初宿正典・大石真編『憲法五十年の展望Ⅱ』（有斐閣、1998年）第五章、などを参照。
- (5) このように述べたからといって、法による裁判官たちの拘束が重要ではないと主張しているわけではない。本稿が強調したいのは、法によって裁判官たちを拘束すること以外にも、憲法学が検討しなければならない問題があるということであり、これこそが本稿の問題設定である。

近年のアメリカ合衆国の研究において、裁判官たちを拘束する法規範以外の外的制約が論じられていることは、上記の議論状況を踏まえると注目に値するように思われる。「司法審査と民主主義」と呼ばれる問題の輸入元であったアメリカ合衆国における学説の状況を検討することによって、わが国の違憲審査制の研究に何らかの示唆が得られることを期待して、本稿はこのような新たな傾向を検討することを目的としている。

司法政治学の研究を憲法理論に応用する Barry Friedman 教授は、裁判所と外部の国家機関の関係から生じる制約と、裁判所の内部における意思決定において生じる制約の2つの側面から、裁判所が無制約に活動することが不可能であることを示そうとする。⁽⁶⁾そこで、本稿は、憲法判断の「衆議のかたち」について、2つの視点から分析することを試みる。第一に、「憲法上の制約」という観点から、裁判官の憲法判断のあり方を分析する学説を検討することによって、法による制約とそれ以外の制約の関係性を明らかにする。第二に、「システム効果」という分析ツールを導入することによって、裁判官たちの憲法解釈のメカニズムを再検討することにする。

1 憲法上の制約

憲法解釈論は、裁判官たちが法規範に拘束されるべきであるということを前提として、裁判官たちに解釈の規準を提供し、法理論として一貫性をもった主張を作り上げることを課題としてきた。標語的に言い換えると、「法の支配」が「人の支配」に対置される概念であるとすれば、憲法解釈が「裁判官の支配」というべき現象を生じさせないためにも、裁判官たちを法によって拘束することが必要だと考えられるわけである。このような学説の努力がなされてきた一方で、裁判官たちは自身の政治的選好に従って事件の判決を下していると

(6) Barry Friedman, *Politics of Judicial Review*, 84 TEX. L. REV. 257 (2005). Friedman 教授の主張については、拙稿「反多数派主義の難点を越えて（2・完）——政治学と憲法学の対話——」早稲田大学大学院法研論集127号（2008年）を参照。

か、自身の政治的選好に即した法理論を意見として執筆しているにすぎないという評価も存在している。アメリカ法学にさまざまな影響を与えたとされるリーガル・リアリズムと呼ばれる法思想にはじまり、法の規範性に対する懷疑は、繰り返し提起されてきた問題である⁽⁷⁾。また、司法政治学の分野においては、Jeffery A. Segal 教授と Harold J. Spaeth 教授の研究によって、裁判所の意思決定におけるもっとも重要な要素は、裁判官個人の価値観や選好であり、このような指標から裁判官たちの投票行動をかなり正確に予測可能であることが明らかにされている。彼らによれば、1953年から1999年開廷期までの市民的自由に関する事件を対象として、各裁判官の選好を任命時に公開された新聞の論説に基づいて-1（保守）から1（リベラル）の間で数値化したスコアと各裁判官の投票行動との比較してみたところ、両者の間には明らかな相関関係が認められ、連邦最高裁は裁判官のイデオロギーに基づいて判決を下しており、市民的自由の領域において態度分析（attitudinal model）の想定が正しいことが実証的に証明されたと主張されている⁽⁸⁾。レンキスト裁判官が保守的な判決を好むのは、彼の政治的な価値観が保守的なものであるからであり、マーシャル裁判官がリベラルな判決に賛成するのは、彼の政治的な立場がリベラルであるからに他ならないというわけである。このような見解は、1920年代以降に登場するリーガル・リアリズムの思想と共通するものであり、その基本的な考え方を政治学の研究として受け継ぐものであると評価されている⁽⁹⁾。他方で、Richard Posner 判事のように、連邦最高裁の活動を政治的なものであると評

(7) 伊藤正己・木下毅『アメリカ法入門〔第5版〕』（日本評論社、2012年）246-51頁、田中英夫「アメリカ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法学史』（東京大学出版会、1976年）277頁以下

(8) JEFFERY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED 322-23 (2002).

(9) *Id.* at 86.

(10) Lee Epstein & Jack Knight, *Toward A Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead*, 53 POL. RES. Q. 625, 636 (2000).

価したうえで、連邦最高裁が下級裁判所に比べて注目を集めやすいことから、世論という外的制約に服しているという見解も存在している。Posner 判事は、直感的には政治部門が世論によって制約されており、連邦最高裁の裁判官たちはそうではないと考えられることから、世論という外的制約の取扱いは難しい問題であると述べている⁽¹¹⁾。このように、多くの憲法理論が裁判官たちの解釈を法によって拘束することを主張するのに対して、裁判官たちの解釈は法によって拘束されていないという現実を暴露する見解や、法以外の事実上の外的制約によって裁判官たちの解釈が制約されていると論じる見解も主張されている。

はたして、法は裁判官たちを拘束しているのであろうか。あるいは、法以外の外的制約が裁判官たちを拘束しているのであろうか。よく考えてみると、いずれの立場もおおよそ極端な想定であるように思われる。現実には裁判官たちを制約しているのが、法だけであるとも考えることも、裁判官たちがおおよそ法による制約を無視した解釈を行っているとも考えることもできないはずである。問われるべきは、法がどの程度、裁判官たちの解釈を拘束することができるのか、そしてまた、法以外のどのような制約にどの程度、裁判官たちが抑制されるのか、ということではないだろうか。

ここでは、憲法訴訟において裁判官を制約する要素に関する Richard H. Fallon, Jr. 教授の議論を手がかりに、この問題を検討してみたい。Fallon 教授は、憲法が政治制度や公職者の地位といった政治的基盤を創設し、それらの制度や公職者の権限が他者の権限や解釈によって制限されることによって、憲法上の制約が実現されると理解する。このような憲法のメカニズムを説明するために、「憲法上の制約」(constitutional constraints)が規範的制約(normative constraints)と外的制約(external constraints)に大別され、両者の関係が分析されている。通常、裁判官たちが法に従うべきであるという場合、裁判官たちが規範的制約に服することが想定され、予測される有権者や他の国家機関の

(11) RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK 247 (2008).

反応といった外的制約によって裁判官たちの判断が影響されることは好ましくないと考えられてきた。しかし、Fallon 教授は、法の問題として公職者たちが認識する義務と外的制約との間には相互補完的な関係があると理解し、両者を憲法上の制約に含めて検討している⁽¹²⁾。

まず、憲法上の制約が単純に法の問題として語ることができないことを確認することから始めよう。憲法学説には、裁判官たちが法に拘束されていないことを問題視する傾向がある。例えば、ひとつの憲法解釈の方法論から判例法理を一貫して説明することができないような場合、裁判官たちの憲法解釈が法的に無制約になされているのではないかという疑念が生じることになる。しかし、現実には、裁判官が法的制約から完全に解放されているという事態は想像しにくい。憲法訴訟においても、裁判官たちが自らに課された法的義務に従わなければならないと感じる場面が存在していることは容易に想定することができるはずである。例えば、憲法によって保障された権利を執行することが多くの国民の反発を招くことが予想される場合であっても、その権利が憲法で保障されている以上、裁判官たちはそれを執行することが自らに課された法的義務であると考え得であろう。このような場合、裁判官たちが規範的制約に服していることは否定しがたい事実である。それと同時に、裁判官たちが純粋に法の問題だけに直面するわけではないことも明らかになる。国民に不人気の憲法規範を執行しなければならない裁判官たちは、国民の反発が予想されることによって事実上の制約にも服することになるであろう。

通常であれば、裁判官たちが直面するこれら2つの制約のうち、彼（女）たちが自らの法的義務と考えるものだけが憲法上の制約と捉えられる傾向にあるが、Fallon 教授は両者を含めて憲法上の制約という概念を用いている。このような理解の出発点となるのは、憲法によって構成された権力主体が、憲法によって制約されることは当然であり、むしろ憲法がどのようにして権力主体を

(12) Richard H. Fallon, Jr., *Constitutional Constraints*, 97 CAL. L. REV. 975, 1035-36 (2009).

制約しようとしているのかを検討する必要があるという認識である。まず、ここにいう規範的制約とは、公職者の内的視点から把握される制約である。上記の例からも明かなように、公職の地位にある者がまったく義務の感覚を有していないとは考えにくい。そもそも憲法が制定されなければ、大統領や裁判官たちが何をなし得るのかわからないのであり、憲法上の制約がなければ無制約な公職者が誕生するのではなく、そもそも公職者が存在しなくなるだけである。憲法が公職の地位と権限を定めることによって、公職者の活動範囲が画定されるだけでなく、画定された活動範囲によって公職者が実行したいと考える内容も影響を受けることに注意する必要がある⁽¹³⁾。最近のアメリカの憲法学説では、公権力を行使する者たちが自らの私的利益を追求することしか考えずに活動してしまうという前提が、かなり極端な想定であったと考える見解が有力である⁽¹⁴⁾。連邦憲法が憲法として妥当しているという認識が公職者に共有されることによって、憲法は公職者の思考の中で彼（女）ら自身に義務を課すものと理解されるならば、そこで機能している制約が憲法の規範的制約である。このように、規範的制約とは、公職者の義務の感覚を通して作用する制約ということになる。そして、公職者が法的義務の感覚を有することによって制約が生じるという場合、公職者が自分自身で憲法上の義務を考えることが直接的に法的義務として作用するものと、公職者が他者の解釈を受け入れるように義務づけられていることによって間接的に法的義務として作用するものを区別することが可能である⁽¹⁵⁾。

Fallon 教授は、規範的制約だけではなく、外的制約もまた憲法によって構成されると理解している。憲法は、さまざまな政治制度を創設しそれらに授権することによって、相互に抑制と均衡を保たせることを企図している。フェデ

(13) *Id.* at 986-89.

(14) See Daryl J. Levinson, *Empire-Building Government in Constitutional Law*, 118 HARV. L. REV. 915 (2005).

(15) Fallon, *supra* note 12 at 996.

ラリスト第51篇において、「万が一、人間が天使でもあるというならば、政府などもとより必要としないであろう。またもし、天使が人間を統治するというならば、政府に対する外部からのものであれ、内部からのものであれ、制御など必要としないであろう。」と述べたジェイムズ・マディソンは、「数種の権力が同一の政府部門に次つぎに集中していくことを防ぐ最大の保障は、各部門を運営するものに、他の部門よりの侵害に対して抵抗するのに必要な憲法上の手段と、個人的な動機とを与えるということにあらう。防御のための方途は、他の場合におけると同様、この場合も、攻撃の危険と均衡していなければならない。野望には、野望をもって対抗せしめなければならない。人間の利害心を、その人の官職上の地位のもつ憲法上の権利と結合せしめなければならない。」と主張した。⁽¹⁶⁾ マディソンが野望には野望で対抗するべきであると主張する際に想定されている憲法上の制約は、公職者の義務感から生ずる規範的制約とは性質が異なるものである。公職者が自らの行動によって他の国家機関による抵抗を誘発することを恐れてその行動を自粛するという場合、そのような制約は自らに課された法的義務に由来するものではない。連邦憲法の下では、連邦法が有効に成立するために上下両院の多数派の合意に加えて、大統領の承認が必要である。⁽¹⁷⁾ 1832年にアンドリュー・ジャクソン大統領が合衆国銀行期限延長法案への署名を拒否して以来、たとえその内容が連邦最高裁によって合憲と判断された法律案であっても、大統領はこれを拒否する権限を行使してきた。拒否権として知られる大統領権限が存在することにより、連邦議会の立法権限も事実上の制約に服することになる。そして、大統領の立法に対する拒否権は、規範的制約に違反した立法がなされることを妨げるための有効な外的制約としても機能する可能性もあるのである。また、「有権者」という存在も憲法によって構築される政治システムの一部であると考え、例えば州裁判所の

(16) アレグザンダー・ハミルトン＝ジョン・ジョイ＝ジェイムズマディソン（齋藤眞・武則忠見訳）『ザ・フェデラリスト』（福村出版、1991年）254頁

(17) U. S. CONST. art. I, § 7, cl. 2.

裁判官たちが有権者の反発を恐れて自らの行動を変更することも、規範的制約とは異なる憲法上の制約が作用したと理解することができる。⁽¹⁸⁾ 州レベルでは、有権者は、裁判官たちの行動が規範的制約に違反したと考えれば、彼（女）らを裁判官職から追放することができるため、有権者の反発も外的制約として作用する可能性がある。このように、公職者が法規範に違反したことに基づいて他の公職者や有権者が憲法上認められた権限を用いて、当該公職者の望まない結果を生じさせるような活動を行うことにより、外的制約と呼ばれる制約が作用することになる。このように理解された外的制約もやはり憲法の制度設計によって生じることから、憲法上の制約として位置づけられている。このようにして、憲法は、互いに望まない結果を生じさせる能力を備えた制度のネットワークを構成し維持することによって、さまざまな制度を制約する機能を果たすことになる。⁽¹⁹⁾

そして、このような外的制約も、その性質から二種類の制約に分類することが可能である。まず、大統領拒否権の事例が示すように、憲法自体が他の国家機関の合意を得ることを求めているために、外的制約が機能する場合がある。Fallon 教授は、裁判所による司法審査制も、憲法上、他の国家機関の合意が求められる制度のひとつであると理解する。⁽²⁰⁾ それによると、憲法は裁判所の行き過ぎた活動よりも、政治部門の行き過ぎた活動の方が国民にとっては危険なものであると想定しており、政治部門が容易には活動できないような仕組みを確立しようとした。⁽²¹⁾ そこで、憲法の制度設計において、政府の活動に複数の拒否権が用意され、司法審査制も政治部門の活動の方を危険視すべきであるという憲法の想定の実体化であるという。⁽²²⁾ これとは別に、有権者が選挙制度を通じ

(18) アメリカ合衆国の州レベルの裁判官は、選挙によって選出される場合が多く、州最高裁の裁判官についてリコール制を採用している場合もある。

(19) Fallon, *supra* note 12 at 982-85.

(20) *Id.* at 998.

(21) *Id.* at 1033.

て公職者を失職させることが制約として機能するような場合には、これを制裁と呼ぶことも可能であろう。ここでいう制裁は、憲法上認められた権限の行使によって、公職者が望まないような結果を生じさせることが可能である場合に、広くそれらの活動を包含する概念として用いられている⁽²³⁾。司法の行き過ぎた活動は他の国家機関の報復を招かずにはおかないと現職の裁判官が語ると⁽²⁴⁾き、その念頭にあるのは外的制約として把握される他の国家機関による制裁であろう。

問題は、上記のように区別された規範的制約と外的制約との関係である。先に挙げた、国民に不人気な憲法上の権利を執行する裁判官の例から明らかなように、これら2つの制約は互いに緊張関係にある場合が少なくないと考えることができそうである。しかし、Fallon 教授は、このような一般的な見解とは異なり、規範的制約が外的制約によって影響を受けながら形成されることを指摘する。規範的制約が公職者の義務感に基づくものであるとすれば、その者を取り巻く外部の環境はその者の思考に不可避免的に影響するものである以上、公職者も憲法が要求している内容に関する理解を、そのような外部の環境に応じて調整しているとしても不自然ではない。このように、外的制約は公職者の規範的義務の形成に一定の役割を果たしていると理解することができるというわけである⁽²⁵⁾。

以上のように整理された規範的制約と外的制約は、裁判官たちの憲法解釈にどのように作用するのであろうか。ここでは、Fallon 教授の分析を参考にし

(22) 司法審査制を憲法によって設定された拒否権の一種として理解する Fallon 教授の議論は、もともと Jeremy Waldron 教授との論争の中で展開されたものである。See, Jeremy Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, 115 YALE L. J. 1346 (2006); Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693, 1706–07 (2008).

(23) Fallon, *supra* note 12 at 999.

(24) Posner, *supra* note 11 at 375.

(25) Fallon, *supra* note 12 at 1001–02.

ながら、若干の論点を取り上げることにする。第一に、規範的制約の存在に対して、これを疑問視する見解が存在している。特に、司法政治学における態度分析と呼ばれるアプローチを採用する研究者は、裁判官たちの投票行動は彼（女）らの政治的選好と高い確率で一致していることを根拠として、規範的制約の存在に疑問を提起してきた⁽²⁶⁾。このような態度分析の研究によると、裁判官たちを事実上拘束していると考えられている先例拘束の法理（doctrine of stare decisis）についても、連邦最高裁の意思決定において決して大きな比重を占めているわけではないと主張されている⁽²⁷⁾。しかし、先例をまったく無視した憲法解釈が許されると考え、公然とそれを実行する裁判官など現実中存在するのであろうか。Fallon 教授は、一見すると先例拘束の法理が厳格に作用していないと考えられる事実が存在するとしても、そのことから先例による制約が存在していないという結論を導き出すことはできないはずであり、これらの事実は先例拘束の法理の限界を示しているにすぎないと主張している⁽²⁸⁾。裁判官たちの憲法解釈に作用する制約は単一のものであるとは限らず、複数の制約が相互に作用し合うと想定の方が自然であるとすれば、先例拘束の法理もそのような複数ある制約のひとつに位置づけることが可能なはずである。

第二に、規範的制約と外的制約の相互作用に関する Fallon 教授の見解を検討しておきたい。すでに指摘したように、Fallon 教授は規範的制約と外的制約が対立する可能性を認めながらも、両者の優劣を一般的に論じようとはしていない。むしろ、裁判官たちの内的視点からみた場合、規範的制約が存在しないとは考えられないことを前提として、外的制約が裁判官たちの法思想の形成に重要な影響を及ぼしていることを指摘していた。Fallon 教授は、Thomas Keck 教授による「連邦最高裁裁判官たちの表面上の政治的選好は、それ自体

(26) See Segal & Spaeth, *supra* note 8.

(27) See HAROLD J. SPAETH & JEFFERY A. SEGAL, MAJORITY RULE OR MINORITY WILL: ADHERENCE TO PRECEDENT ON THE U.S. SUPREME COURT (1999).

(28) Fallon, *supra* note 12 at 1010-11.

が部分的には法思想によって形成され、同様に、その法思想は大部分が広範な政治システムにおける継続的な議論に由来していたのである⁽²⁹⁾」という説明を引用して、外的制約が政治的に許容される領域を画定する上で重要な要素になることを明らかにしようとしている⁽³⁰⁾。裁判官たちが危惧するのは、自ら下した判決が公然と無視される事態が生じることや、判決によって激しい抵抗が生じたためにその内容が執行されず、判決自体の有効性が失われてしまうことである。このような事態を回避するために、裁判官たちが自らに課された憲法上の義務の内容を調整した上で憲法判断を行っている想定することは十分に可能であろう。憲法が現実には実現不可能な事柄を要求していないという認識は、この文脈でも受け入れられるように思われる。

また、外的制約として機能する裁判所に対する制裁が実際に発動されることは稀であり、単なる可能性に過ぎないことから、制約としての有効性が疑わしいと考えることも可能かもしれない。たしかに、連邦憲法によって身分保障が行われ給与の減額も認められていない⁽³¹⁾ことに加えて、判例法理によって職務上の行為に対する民事責任からも免責されている⁽³²⁾ことから、弾劾の可能性を除けば個々の裁判官たちに直接作用する外的制約の影響力は大きいとはいえないように思われる。しかしながら、裁判所に対する制裁がめったに実行されないということは、そのような制裁の可能性が裁判官たちの判断に影響を与えないという結論を導くわけではない。すでに指摘したように、裁判官たちも自ら下した判決が無視されてしまう事態や判決に対して公然と抵抗が起こることを懸念し、さらに、政治部門からの制裁を誘発するような判決を回避するであろうと

(29) THOMAS M. KECK, THE MOST ACTIVIST SUPREME COURT IN HISTORY: THE ROAD TO MODERN JUDICIAL CONSERVATISM 277 (2004).

(30) Fallon, *supra* note 12 at 1020.

(31) U.S. CONST. art. III, §1.

(32) Stump v. Sparkman, 435 U.S. 349 (1978).

(33) U.S. CONST. art. II, §4.

想定することは決して不自然なことではない。このように考えると、判決の有効性が失われないように、また、司法の権威が損なわれないように、そのような事態を回避する賢慮が、裁判官たちの意思決定には作用していると考えることができるであろう。⁽³⁴⁾ Fallon 教授は、最高裁裁判官たちが規範的制約と外的制約の対立を実感することは稀であると考ええる。それというのも、外的制約が、ある裁判官が憲法の要求と信じる事柄の実行を不可能にする場合、その裁判官は自らの憲法解釈を調整すると考えられるからだという。このような可能性を示唆するものとして、賢慮に基づく意思決定という司法の伝統が指摘されている。⁽³⁵⁾

以上のように、Fallon 教授は、憲法によって政治制度と公職という基盤が整備されることを出発点として、公職者の認識のレベルにおける規範的制約と、判決の実際上の有効性が失われる可能性や制裁の可能性によって生じる外的制約という2つの視点から憲法上の制約のメカニズムを明らかにしようとする。両者は、外的制約が公職者の義務の認識に作用することによって、規範的制約が形成される過程においても、外的制約が一定の役割を演じるという関係で理解される。そして、裁判所が無制約に行動できることを問題視する見解については、上記の議論を踏まえると、憲法上の制約のメカニズムを精確に理解していないと主張されている。すなわち、憲法システム全体の観点から分析してみると、憲法は、裁判所の過剰な活動よりも政治部門の過剰な活動の方が危険であると想定しており、そのため、より多くの拒否権が必要だと考えた。裁判所はあくまで受身の活動しか行うことができないことから、政治部門をコントロールする権限を行使するようになったとしても、もっとも危険性の少ない統治部門ということになる。このようにして、Fallon 教授は、裁判所が無制約に行動することができるという単純な想定に基づく議論を諫めようとしてい

(34) Fallon, *supra* note 12 at 1024.

(35) *Id.* at 1001.

るのである。

2 戦略的リーガリズム

Fallon 教授の見解には、他の憲法上のアクターによる活動が裁判官たちに対する制約として作用することを理論的に説明しようとする側面がある。このように、他のアクターの活動が裁判官たちの行動に影響を与えることは、司法政治学の研究者が指摘してきた⁽³⁶⁾だけでなく、そのような実証的な視点から司法審査理論を構築する必要性が憲法学の内部からも主張されてきた。例えば、Fridman 教授は、裁判官たちが無制約に司法審査権を行使することができるという問題設定に対して、裁判官たちを取り巻く政治力学がそのような行動を抑制することを指摘していた。具体的には、上級裁判所意思決定が合議法廷というメカニズムの中で行われることを考えると、裁判官は同僚裁判官たちの同意を取り付けなければ法形成を行うことができないため、個々の裁判官の選択の幅はおのずから狭まると考えられる⁽³⁷⁾。また、Fallon 教授も指摘したように、政治部門の抵抗や制裁を危惧する裁判官たちは、そのような外的制約を意識せざるを得ないことから、裁判所と他の国家機関との相互関係によって裁判官たちの行動が制約されると考えることもできる⁽³⁸⁾。このような裁判官たちを取り巻く政治力学を憲法理論としてどのように位置付けることができるのであろうか。ここでは、憲法を法システムとして捉える Adrian Vermeule 教授の議論を手がかりとして、この問題を検討してみたい。

(36) See LEE EPSTEIN & JACK KNIGHT, *THE CHOICES JUSTICES MAKE* (1998). Epstein 教授らの見解については、拙稿「反多数派主義の難点を超えて（2・完）——政治学と憲法学の対話——」早稲田大学大学院法研論集127号（2008年）および「裁判所を取り巻く政治的環境に関する考察（2・完）——アメリカ合衆国における制定法解釈論の含意——」早稲田大学大学院法研論集130号（2009年）を参照。

(37) Friedman, *supra* note 6 at 280-95.

(38) *Id.* at 308-20.

(1) 法システムとしての憲法

Vermeule 教授は、憲法による統治体制（constitutionalism）を、複数のシステムによって構成されたひとつのシステムであると理解する。憲法システムを構成するシステムは、制度間のインターアクションと制度内部の構成員の間のインターアクションから生じるものであり、このような複数のシステムが憲法システムを構築していると理解される。Vermeule 教授は、法的な分析においても、このようなシステムの観点から憲法による統治体制を分析しなければ、その構造を精確に理解することはできないと主張する。⁽³⁹⁾ここにいうシステムの観点からの分析とは、「システム効果」（system effect）の重要性を十分に考慮した上で、法理論の妥当性を検証することを意味するのであるが、このようなシステム効果を考慮した分析手法はこれまでの法理論では十分な関心を集めてこなかったというのである。

システム効果とは、システムの個々の構成員について当てはまることが、システム全体では当てはまらない場合、またはシステム全体について当てはまるものが、システムの個々の構成員については当てはまらない場合に生じる。例えば、立法権・司法権・行政権のそれぞれが何らかの規範的な規準からみて望ましい活動を行っているとしても、それによって憲法に基づく統治体制全体の望ましい運営が保障されるわけではない。システムの個々の構成要素が望ましい結果を生じさせようとしても、各構成要素の活動が相互に作用し合うため、各構成要素の有する属性がシステム全体にも及ぶという保障はない。このため、システム全体のレベルでは望ましい結果がもたらされない可能性がある。また、これとは反対に、システム全体が望ましく機能しているからといって、それを構成している個々の要素も同じように望ましく機能しているとは限らない。むしろ、不完全な構成要素同士が相互補完的に機能することによって、システム全体としては望ましい結果が生じている可能性がある。

(39) ADRIAN VERMEULE, THE SYSTEM OF THE CONSTITUTION 176 (2011).

Vermeule 教授は、このようなシステム効果の存在を「合成の誤謬」(fallacy of composition)と「分割の誤謬」(fallacy of division)という概念を用いて説明している。「合成の誤謬」とは、集合体の構成要素がある特性を有している場合に、集合体も同様にその特性を有していると想定する誤りを意味する。これに対して、「分割の誤謬」とは、集合体がある特性を有している場合に、集合体の個々の構成要素も同様の特性を有していると想定することの誤りを意味している⁽⁴⁰⁾。例えば、神の見えざる手という経済学の基本的な考え方は、市場の参加者が公益ではなく私益を追求することによって、市場全体では適正な価格形成という公益が実現されるというものであるが、ここでは市場を構成している参加者の属性（私益の実現）と市場全体の属性（公益の実現）に違いが生じている。このような場合に、市場の参加者が私益の追求を行うことから、市場全体では公益が実現されないと推論することが合成の誤謬であり、市場全体で公益が実現されていれば、市場の参加者が公益を追求していると推論することが分割の誤謬に該当する。

このようなシステム効果は、2つの段階で生じる。まず、ある制度の構成要素が制度全体のレベルに合成される過程でシステム効果が生じる可能性がある。そして、そのような制度の合成によってひとつの秩序が形成される場合には、制度同士が合成される過程でもシステム効果が生じる可能性がある⁽⁴¹⁾。このことを憲法秩序について考えてみると、裁判所を構成している裁判官たちが裁判所の意思を形成する段階で個々の裁判官たちの属性と裁判所全体の属性に相違が生じる可能性がある。また、裁判所の活動が他の国家機関の活動と合成されて憲法秩序が形成される段階でも、裁判所の属性と憲法秩序全体の属性が異なる可能性がある。このように憲法秩序が二段階のシステムから構成されるシステムであると捉えられることによって、憲法による統治体制が制度間のイン

(40) *Id.* at 9.

(41) *Id.* at 27.

ターアクションと制度内部の構成員の間のインターアクションから生じる複数のシステムによって構成されたシステムであるという理解が導かれている。

Vermeule 教授は、合成の誤謬や分割の誤謬に注意することによって、法的議論の妥当性を検証できることを強調し、法理論においてシステム効果を考慮することの有用性を主張している。ただし、システム効果に基づく分析は、それ自体が独自の実体的な結論を提供するものではないと位置づけられており、⁽⁴²⁾あるシステムがうまく機能しているのかについての実体的な評価は、それぞれの場合に何らかの規範的な規準によって行わなければならないという。このように、システム効果を考慮しない場合に生じる分析の誤り——集合体に当てはまることが同様にその構成要素にも当てはまると想定されたり、反対に集合体の構成要素に当てはまることが集合体全体にも当てはまると想定されるといった推論の誤り——を意識させることによって、法理論の妥当性を検証することが可能になるという有用性が主張されているわけである。したがって、システム効果を考慮した分析は、実体的な争点に規範的な解答を示すものではないが、法理論にとって不可欠な分析ツールとして位置づけられることになる。⁽⁴³⁾

(2) 違憲審査と民主主義

Vermeule 教授は、システム効果の観点から分析する必要がある典型な論点として、⁽⁴⁴⁾2つの場合を挙げている。第一の論点は、違憲審査と民主主義の相克に関する問題である。憲法秩序が全体として民主的に運営されるためには、最高裁も民主的に運営されなければならないと想定することは、分割の誤謬に該当する可能性があることから、その主張を再検討する必要があるという。また、最高裁の活動が反民主的なものであるからといって、憲法秩序が全体とし

(42) Adrian Vermeule, *The Supreme Court, 2008 Term—Foreword: System and the Constitution*, 123 HARV. L. REV. 4, 23-24 (2009).

(43) *Id.* at 7.

(44) Vermeule, *supra* note 39 at 15.

て民主的には運営されないと想定することは、合成の誤謬に該当する可能性があることから、やはり単純にその主張を受け入れることはできないという。むしろ、憲法秩序全体が民主的に運営されるためには、たとえ反民主主義的な性質のものであっても、裁判所による違憲審査制が必要である可能性もある⁽⁴⁵⁾。

この論点は、裁判所による違憲審査制と民主主義に基づく統治との矛盾というわが国でもなじみ深い問題である⁽⁴⁶⁾。Vermeule 教授によると、この問題に対する解答の中にも、システム効果を無視した誤った推論がなされる場合があるという。Vermeule 教授が批判の対象としたのは、裁判所の活動が思いのほか限定されていることを根拠として、裁判所による違憲審査制に対する批判が過剰な反応であると主張する Frederick Schauer 教授の見解である。Schauer 教授は、連邦最高裁の実際の活動と人民の関心事とがかけ離れていることを明らかにした上で、人民が直接にコントロールしたいと考えている事柄が連邦最高裁によって決定されてしまう事例は数の上では極めて少数であることから、連邦最高裁の活動が反多数派主義的であるとか、反民主主義的であるという問題の設定は大きなものであるという⁽⁴⁷⁾。

まず、連邦最高裁の活動が反民主主義的であると批判する見解について、連邦最高裁の憲法解釈権を認めるか否かによって、以下のような整理が示されている⁽⁴⁸⁾。①連邦最高裁の憲法解釈権を承認する弱いバージョンの批判として、連邦政府を構成している憲法上の三権それぞれに憲法解釈権を認めようとするディパートメンタリズム (departmentalism)⁽⁴⁹⁾ や人民自身の憲法解釈の尊重を主張する人民立憲主義 (popular constitutionalism)⁽⁵⁰⁾ が挙げられる。これらの

(45) *Id.* at 55–56.

(46) 前掲注 4 に掲げた諸文献を参照。

(47) Frederick Schauer, *The Supreme Court, 2005 Term—Foreword: The Court's Agenda—And the Nation's*, 120 HARV. L. REV. 4, 50 (2006).

(48) *Id.* at 50–52.

(49) ディパートメンタリズムについては、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる」帝京法学25巻2号（2008年）を参照。

見解は連邦最高裁の憲法解釈権を承認した上で、その解釈が他の解釈に優先すると考える司法優越主義 (judicial spuremacy) を批判する見解と位置づけることができる。これに対して、違憲審査制の存在そのものを批判する見解は、連邦最高裁の憲法解釈権が不必要であると主張する。⁽⁵¹⁾ これは、司法による違憲審査制の存在自体を否定する見解と位置づけることができる。Schauer 教授は、市民に対する直接的な答責性が確保されずに多くの重要な決定がなされてしまうことに対する懸念がこれらの議論において共通の前提となっており、要するに EU で問題となっている「民主主義の赤字」が連邦最高裁の活動にも存在していることが問題にされていると理解する。ところが、実際にはそれほどの「民主主義の赤字」が存在しているわけではないというのが、Schauer 教授の主張である。たとえ人工妊娠中絶や権力分立・連邦主義といった憲法上の争点について連邦最高裁が終局的な決定を行えるのだとしても、人民とその代表者たちはずっと多くの争点について——しかも人民の関心が非常に高い重要な争点についても——自由に決定することができるのである。このように考えると、連邦最高裁の活動によって民主主義が浸食されることがあるとしても、数の上でも影響力の点でも、その規模は非常に小さいと評価することができる⁽⁵²⁾ という。

以上のように、Schauer 教授は、司法が取り上げることができる政治課題が限定されていることに基づいて、司法の反民主主義的性格を攻撃の材料とする見解に反論しようとしている。ただし、Schauer 教授自身も反民主主義的な活動領域が限定されているからといって、その活動が重要ではないと主張しているわけではない。憲法や連邦最高裁が取り組んでいることは、舞台の中心とでもいうべき政策決定ではなく、その政策がどのように生み出されるべきかとい

(50) See LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW (2004).

(51) See MARK V. TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999).

(52) Schauer, *supra* note 47 at 52-53.

うプロセスに関するものであると考えられる。すなわち、連邦最高裁の役割は、政策そのものを決定することではなく、誰が政策を決定するのかという管轄を決定することであり、権力分立制や連邦制、大統領権限に関する一連の判決はそのような役割として理解することができる。また、政策が決定される手続についても司法による監視が行われている。行政手続法や選挙制度に関する憲法上の要請を実現することは、文字通り政策決定の手続に関連した役割ということができる。このような政策決定のプロセスに関する決定は、間接的に政策決定の中身にも影響を与えることになる。⁽⁵³⁾そして、裁判所が果たす特別な役割と位置づけられるのが、権利を執行することによって政策決定に制約を課すことである。このような権利保障の執行がどの程度、政策決定に影響を及ぼすのかは定かでないが、このような司法の役割が重要なものであることに変わりはない。Schaur 教授は、アクセルとハンドルが車両の行方を決定するもっとも重要な部品であるが、ブレーキが重要ではないということにはならないと説明している。⁽⁵⁴⁾その上で、連邦最高裁が国民の重要な政治課題に関与するとしても、それは間接的なものであり、このように連邦最高裁が行っていないことを理解することによって、連邦最高裁の役割を適切に理解することが可能になるという。⁽⁵⁵⁾

このような Schauer 教授の見解に対して、Vermeule 教授は、分割の誤謬に該当する可能性を指摘している。裁判所がすべての領域に介入できるわけではないとしても、いずれかの領域に介入できることに変わりはない。問題は、裁判所による介入の可能性に制限がないことであり、このような裁判所による制限のない介入の可能性によって法的に不確定な要素が生じることで、他の国家机关もそのような可能性を考慮した反応を示すことになる。したがって、司法による民主主義の浸食が全体としてみればその数が少ないといっても、その集

(53) *Id.* at 46–48.

(54) *Id.* at 48–49.

(55) *Ibid.*

積的な効果は上記のような不確定性の存在によって拡大されると考えられる。このように、裁判所の活動が限定されていることは、全般的な司法による支配が不可能であることを示すものであるとしても、ある一定の領域において司法の支配が可能であることもまた確かなことであるという⁽⁵⁶⁾。

(3) 合議法廷における意思決定

Vermeule 教授が取り上げている第二の論点は、裁判官たちの政治的選好が判決に与える影響に関する問題である。裁判官たちが政治的に偏った思想を有しているからといって、裁判所全体も政治的に偏った判決を出してしまうと想定することは、合成の誤謬に該当する可能性があることから、やはり慎重な検討を要する。裁判官たちの政治的選好が判決の内容を決定していると考えるリーガル・リアリズムの系譜に属する見解に対してシステム効果を用いた分析によって反論を試みる⁽⁵⁷⁾ことが、Vermeule 教授の重要な目的となっている。すなわち、システム効果の存在を前提とすれば、個々の裁判官たちが政治的に偏った思想に基づいた判断を行ったとしても、裁判所全体の決定が同様に偏った結論に至るとは限らないはずである⁽⁵⁸⁾。

これまで本稿では、あえて「裁判官たち」という複数形の表現を意識的に用いてきた。それは、「裁判所は彼（女）らであって、それではない⁽⁵⁹⁾」からである。Vermeule 教授の論文に付けられたタイトルが示すように、国家機関としての上級裁判所の活動は、個々の裁判官の単独行動とは異なり、複数の裁判官たちの合議によって意思決定がなされた結果として生じるものである。かつ

(56) Vermeule, *supra* note 39 at 57-58.

(57) *Id.* at 58-63. 同様の指摘として、大沢秀介『司法による憲法価値に実現』（有斐閣、2011年）69頁。

(58) Vermeule, *supra* note 42 at 40.

(59) Adrian Vermeule, *The Judiciary Is A They, Not An It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division*, 14 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 540 (2005).

て、リベラル派を代表する連邦最高裁判事であった Brennan 裁判官は、自らのロー・クラークにもっとも重要な憲法上のルールは何かと問い、「これが、憲法においてもっとも重要なルールだ」と言って、自らの手を持ち上げて5本の指を示すことでこの問いに対する解答を示したという⁽⁶⁰⁾。このエピソードに象徴されているように、裁判所の内部で繰り広げられる法形成のための活動は、立法府や行政府の内部における政策形成とは性質が異なっているとしても、それ自体が「政治」として把握されてよいといえることができる。実は、裁判所の内部において、同僚裁判官たちの同意が必要であるという事実は、Fallon 教授が外的制約として指摘している要素でもあったが、それが外的制約としてどのように作用するのかは詳細に検討されていなかった⁽⁶¹⁾。そこで、裁判所における衆議が、裁判官たちの憲法解釈にどのような影響を及ぼすのかを検討しておきたい。

Lewis A. Kornhauser 教授と Lawrence G. Sager 教授は、上級裁判所の合議法廷における意思決定の複雑さを以下のように分析する。それによると、集合的活動は、その性質に応じて、次のように分類されるという。①産業の生産プロセスのように、各構成員に仕事が分配され、それぞれが独立に作業を進める場合がある。この場合、集合的活動はそのパフォーマンスを拡大することを目的として行われる。また、②オーケストラの演奏のように、集団の相互作用によって効果が発揮される場合もある。この場合には、集合的活動によって全体のパフォーマンスが拡大されるというよりも、そもそも単独では発揮されない、集合的活動に固有のパフォーマンスを生み出すことが目的となっている。これらと区別される集合的活動として、③体操競技の審判のように、公正な判断のためにそれぞれが独立して採点を行い、その結果を集計する場合が挙げら

(60) MARK v. TUSHNET, A COURT DIVIDED: THE RENQUIST COURT AND THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL LAW 35 (2005).

(61) Fallon, *supra* note 12 at 1020. ここで Fallon 教授は Vermeule 教授の前掲注59を引用している。See *Ibid.* footnote 223.

れる。製品の安全性検査を複数人で行う場合には、それぞれが独立して確認を行わなければ意味がない。このように、集合的活動といっても各構成員が相互に独立して活動する場合もある。また、④研究や論文の執筆自体は個人でも行うことができるが、研究者が共同で研究を行い、その成果に関する論文を執筆する場合、このような作業においては各構成員の間で議論を通じた相互作用こそが重要であり、各構成員はその他の構成員の活動を何らかの程度で考慮することが不可欠である⁽⁶²⁾。以上のように整理された分類に照らすと、上級裁判所における意思決定は、③体操競技の審判の事例と④共同研究の事例の双方の要素をあわせもった複雑な活動であると理解することができる。個々の裁判官は単独で結論を導かなければならないが、もっとも重要なことは、過去と現在の裁判所の多数派の意思が各裁判官たちの現在の選択を制約していることであるという。その上で、このような上級裁判所の意思決定のあり方が、十分には理解されていないという問題点が指摘されている⁽⁶³⁾。実際に、体操競技の審判のように、合議法廷を構成する各裁判官たちが独立に結論を導き出し、それが集計されて判決となるわけではない。合議法廷においては、裁判官たちが判決の結論と理由について意見を出し合い、このような衆議を通じて裁判所の意思が生み出されるのである。ところが、このような合議法廷の意思決定は、集合的決定に固有の問題を抱える場合がある。

Kornhauser 教授と Sager 教授は、上級裁判所の意思決定においてパラドクスが生じる可能性を検討している。そこでは、原告が契約違反を理由として被告に対して損害賠償を請求した事件を題材として、次のような説明がなされている⁽⁶⁴⁾。この事件では、被告側が①有効な契約が存在しないとする反論と、②仮に有効な契約が存在した場合であっても、契約違反は存在しないとする反論を

(62) Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*, 81 CAL. L. REV. 1, 3-5 (1993).

(63) *Id.* at 6-7.

(64) *Id.* at 10-12.

行ったとする。控訴審の段階で3名の裁判官ABCは、次のような考えを有していた。裁判官Aは、①有効な契約が存在しているが、②契約違反が認められないため、③被告に賠償責任は生じないと考えた。裁判官Bは、①有効な契約が存在していないと考えたが、②仮に有効な契約が存在していれば契約違反が認められ、③被告には存在賠償責任があると考えた。裁判官Cは、①有効な契約が存在しており、②契約違反も認められるため、③被告に損害賠償責任があると考えた。それぞれの考えをまとめると、下記の図ようになる。

Kornhauser 教授と Sager 教授は、この事件でパラドクスが生じることを指摘する。まず、合議において判決の結論について表決を行った場合、③被告の損害賠償責任は否定され、原告が敗訴することになる。しかし、合議の際に、まず①有効な契約が存在したか否かという争点を先に表決によって決定した場合には、結論は正反対のものになってしまう。この場合、2名の裁判官が①有効な契約が存在したと判断していることから、合議は有効な契約の存在を前提として進められることになる。すると、②契約違反を認定する裁判官が2名となることから（裁判官Bは、①仮に有効な契約が存在するとすれば、②契約違反が存在したと考えているため、有効な契約が存在すると判断されれば契約違反があると判断して、③被告の賠償責任を認めるから）、2名の裁判官が③被告に損害賠償責任があることを認め、原告が勝訴することになる。このように、争点ごとに表決を行うのか、まず結論について表決を行うのかによって判決の結論が変わってしまうという現象が起こりうる。これは、コンドルセがその存在を指摘した投票のパラドクスの一種である。このようなパラドクスの存在により、裁判所を構成する裁判官たちが理論的に一貫した判断を行っている

裁判官	①契約の有効性	②契約違反	③被告の責任
A	有	無	無
B	無	有	無
C	有	有	有

にもかかわらず、裁判所のレベルでは理論的に一貫した判断を示すことができないことが明らかになる。このようなパラドクスの存在とメカニズムは一般に理解されていないというだけではなく、パラドクスに直面した裁判官たちにできることは、自分たちの困惑した状況について立ち止まって熟慮することくらいであるという⁽⁶⁵⁾。Vermeule 教授は、このようなパラドクスの存在がシステム効果の存在を示すものと位置づけている⁽⁶⁶⁾。裁判所を構成する裁判官たちが理論的に一貫した判断を行うことができるとしても、裁判所全体としては理論的に一貫した判断を行うことができない場合も生じてしまい、システムの構成要素の属性がシステム全体には該当しないという状況が発生するためである。問題は、このようなシステム効果の存在が明らかになったとき、裁判官たちの憲法解釈にどのような影響がもたらされるのかという点である。

(4) 戦略的リーガリズム

以下では、これまで検討してきたシステム効果を考慮した分析が、裁判官たちの憲法解釈のあり方についてどのような知見をもたらしのかを検討する。Vermeule 教授は、システム効果を考慮する裁判官は、同僚の裁判官たちや他の国家機関の行動に合わせて自らのアプローチを変更するという理解を提示している⁽⁶⁷⁾。そして、システム効果の存在を前提とすれば、何がよい裁判官を作り出すのか、あるいは、よい裁判官とは何をするのかという問いに対する解答は、他にどのような裁判官がいるのか、また、他の裁判官が何をするのかによって決まるものであるという。すなわち、裁判官の望ましい資質と行動は、その裁判官が所属する裁判所の制度とそれを取り巻く環境に依存しているというのである⁽⁶⁸⁾。

(65) *Id.* at 12.

(66) Vermeule, *supra* note 39 at 14.

(67) Vermeule, *supra* note 42 at 7.

(68) Vermeule, *supra* note 39 at 169.

まず、Vermeule 教授は、現職の同僚裁判官たちが同意しないことと、過去の裁判官たちの活動が、現職の裁判官たちに対する制約となることを確認する⁽⁶⁹⁾。Fallon 教授も指摘していたように、合議において同僚裁判官たちの同意を得なければ法を形成することは不可能であるし、裁判官である以上、先例を公然と無視することも規範的に許されないと認識されている。その上で、Vermeule 教授は、裁判官を次のような 4 つの理念型に分類する。第一の類型は、すべての事件において政策に関する自らの選好に従った判断を行い、リーガリズムに対するコミットメントを示さない裁判官である。態度分析の研究成果は、現実の裁判官たちがこの第一類型のモデルに適合すると主張している。第二の類型は、政策に関する自らの選好を重視する点では第一類型と同様であるが、同僚裁判官たちの予想される反応を考慮して、戦略的な判断を行う裁判官である。このような裁判官は、戦略的な判断を行うことによって、裁判所の最終的な結論をできる限り自らの政策選好に近づけることを目指している。態度分析に対して裁判官たちの戦略的行動を指摘する見解は、現実の裁判官たちの行動をこの第二類型のモデルで理解している。第三の類型は、すべての事件において自らが正しいを信じる法理論に従った判断を行い、戦略的な判断を行わない裁判官である。現実の裁判官たちは、何らかの法源に必ず依拠して判断を行うことから、程度の差こそあれ、リーガリストであるということができる。第四の類型は、Vermeule 教授が戦略的リーガリストと呼ぶものである。この類型によってモデル化された裁判官は、正しい法的結論を導き出すことに専念している点で、自らの政策選好の実現を目指す裁判官とは区別されるが、自らの信じる法理論の命じるままに判断を行うのではなく、現実の法を自らが正しいと信じる法理論にできる限り近づけることを目指して、同僚裁判官たちや他の国家機関の予測される反応を考慮した判断を行う裁判官であるという⁽⁷⁰⁾。

(69) Vermeule, *supra* note 42 at 45-46.

(70) *Id.* at 58-60.

Vermeule 教授は、理想的な条件が充たされない状況においては、戦略的リーガリストの方が単純なリーガリストよりも望ましい結果を生み出すことができている。同僚裁判官たちも同じ判断をするという理想的な条件の下では最善の判断であるとしても、その条件が充たされない場合には、必ずしも最善の判断であるとは限らないからである。例えば、制定法の解釈について、立法史の中に見出される議会の意図を重視する議会意図主義（intentionalism）を批判する文言主義（textualism）こそが正しい制定法解釈方法であると信じる裁判官を例として考えてみよう。⁽⁷¹⁾ 文言主義を正当化する根拠として、裁判所が条文の文言を重視した制定法解釈によって、議会による事前の法案作成の質を高めることができると主張されることがある。このような正当化根拠は、必ずしもあらゆる裁判官たちに当てはまるものではないと Vermeule 教授は主張している。すなわち、裁判所が文言主義を採用することが最善であるという主張から、裁判所の構成員である裁判官たちも文言主義を採用することが最善であるとの結論を導くことは、分割の誤謬に該当する可能性がある。仮に文言主義の主張する議会の立法過程の質的向上が議会意図主義よりも大きな社会的利益を生み出すのだとしても、現状では議会意図主義に基づく制定法解釈が実務的な主流派であるとする。この場合、ある 1 人の裁判官が大きな社会的利益をもたらす制定法解釈方法を採用したとしても、現実には立法過程の質的向上という社会的利益がもたらされることはないだろう。議会としても、文言主義に基づく制定法解釈が行われるのでなければ、それに対応して法律制定のあり方を見直そうとは考えないはずである。また、仮に議会意図主義が実務的な主流派であるとするれば、議会は立法史の中に自らの意図を記録しようとするはずであるが、このような現状を無視して文言主義に基づいた判断を行ったとして

(71) 文言主義と議会意図主義の対立については、アントニン・スカリア（中川丈久訳）「法律解釈における立法史の利用について～議会意図の擬制による司法の責任放棄～」ジュリスト1129号（1998年）を参照。「文言主義」（textualism）と「議会意図主義」（intentionalism）の訳語は、83-84頁の解説に従った。

も、短期的には議会の期待を裏切ることによってマイナスの効果をもたらしかねないことになってしまう。このように、ある制定法解釈の方法がその正当化根拠として挙げている効果を発揮するために最低限の人数による集合行為——連邦最高裁で法を形成するためには4名の同僚裁判官の同意——が必要とされる場合には、その人数が確保されるまでは、その解釈方法が期待された効果を発揮することはできないことになる。結局のところ、裁判官の最善の行動とは、同僚裁判官たちの構成に左右されるものであり、裁判所における集合行為によって、法理論が生み出そうとする社会的利益が達成されるかどうかが重要であるという⁽⁷²⁾。このように、ある法理論が裁判所全体で採用されるべきであるとしても、個々の裁判官たちがその法理論を採用することによって同様に望ましい結果が生じるとは限らない。分割の誤謬の可能性を踏まえて考えると、裁判官たちが採用すべき法理論に関する見解も変化するわけである。

また反対に、ある裁判官が採用することが望ましい法理論が、裁判所全体で採用されることが必ずしも望ましくないという場合も考えられる。合成の誤謬を考慮することにより、このような一般化が危険な場合も当然に存在している。Vermeule 教授は、このような場合として、法曹界や裁判所における法解釈論の多元性が望まれる場合を指摘している。そして、司法全体の法解釈論における多元性が望ましいことであるとすれば、システム効果に基づく分析からすると、同僚裁判官たちの構成によって自らの法解釈に対するアプローチを変更することができる裁判官が望まれるという。Vermeule 教授は、このような裁判官像をリーガル・カメレオンと名付けている⁽⁷³⁾。

問題は、司法全体における法解釈論の多元性が本当に望ましいことなのか否かである。Vermeule 教授が法解釈論の多元性に期待しているのは、それによって裁判所の判決に至るアプローチとその結論を加減すること (moderation)

(72) Vermeule, *supra* note 42 at 46-48.

(73) *Id.* at 63-64.

ができるという利点である。システム効果を考慮した分析によれば、特定の法解釈理論から非難されないことが重要なのではなく、問題は、現実異なる法解釈論を主張する陣営が法曹界に形成されており、その対立が近い将来も解消する見込みがないという事実を前提とした場合に、法解釈に対するどのようなアプローチが望ましいのかを考えることにある。このような観点からみた場合、法曹界における法解釈論の多元性を確保することは、特定の法解釈論が与えるマイナスの効果を最小化する上で、最善の方法であるということできる。また、裁判所の判決の受け手となる訴訟当事者以外の聴衆を念頭に置いてみると、連邦最高裁において法解釈論の多元性が確保されれば、その判決はより広範囲の聴衆の受容を期待することもできる⁽⁷⁴⁾。このように、法曹界における法解釈論の多元性が望ましいことであるとすれば、そのような多元性を生み出すことのできる裁判官こそが望ましいということになる。個々の裁判官たちの能力の限界を前提とすれば、裁判所としては特定の理論が誤っている場合のリスクをいかに軽減するかが重要となるのである⁽⁷⁵⁾。

3 検討

(1) 裁判官たちを制約するものは何か

これまでに検討してきたアメリカの憲法学説に共通しているのは、裁判官たちが法規範によって拘束されることだけではなく、それ以外の事実上の制約が問題となることを認めて、そのような制約の存在を前提とした分析を行っている点にある。Fallon 教授は、賢慮に基づく司法判断という伝統からみて、裁判官たちは規範的制約と外的制約の衝突に苦慮するのではなく、規範的制約と外的制約との調整を行ってきたと理解した上で、たとえ連邦最高裁に対する制裁が実際に実行される可能性が極めて低いのだとしても、外的制約が裁判官た

(74) *Id.* at 65-66.

(75) *Id.* at 70.

ちの法的判断を調整する要素として作用していると主張していた。Vermeule 教授は、理想的な条件が充たされない現実の状況を前提として、法理論がシステム効果を考慮した分析を行わないことから生じる推論の誤りを指摘しようとする。すべての裁判官がまったく同じ法理論を採用することがありえず、しかも裁判所の法解釈が多様な法理論に立脚する裁判官たちによって行われる集合行為であることを直視すれば、何が最善の法理論であるかの判断は、実際の裁判所の状況に応じて考えるしかないという。両者の議論は、その目的も導こうとする結論もまったく異なるとはいえ、司法の活動を純粋な法理論のレベルだけで語ることができないとの認識は、共通していると考えてよいであろう。

しかし、Vermeule 教授の結論については、かなり極端なものであるとの印象を拭えない。憲法解釈をはじめとする法理論の適否は、それぞれの社会事実
に照らして、その根拠と意図された結果の妥当性を何らかの規準から判断するべきものであり、現実の裁判所で採用可能かどうかといった規準もひとつの重要な規準であるとしても、他の判断要素を上回るものであるとは直ちに断言できないように思われる。もちろん、Vermeule 教授は戦略的リーガリズムが規範理論でも実証理論でもない⁽⁷⁶⁾と述べており、あくまで裁判所の構成次第で法理論が期待したように裁判所が行動することを期待できない可能性があることを踏まえて、議論の有効性に関する検証を求めているだけと考えるべきであろう。この点で、システム効果に基づく分析そのものが法理論の分析ツールであるという結論は正当なものといってよいであろう。そうはいっても、このような問題提起を法理論の構築に際してどのようにして受け取るべきかについては、なお慎重な検討を要するように思われる。現実の裁判所の状況からして、現実を変えるような対策とはならない法理論がそれだけで価値がないと判断されてよいとは思われないからである。このように考えてみると、裁判官たちを拘束するものとして、他の国家機関の反応や裁判所の構成を指摘した上で、賢

(76) *Id.* at 58.

慮に基づく判断という司法の伝統を引き合いに出した Fallon 教授の議論は、少なくとも直感的には受け入れやすいものであろう。そこで問題となるのが、現実の裁判官たちが本当に外的制約に服していることを経験的な事実として示すことができるか否かである。

しかし、このような経験的な事実と法理論の関係も一筋縄ではないかない。Friedman 教授は、規範理論と実証理論を「縦糸と横糸」と位置づけて両者の結合を主張しているが⁽⁷⁷⁾、このような比喻によって、両者が簡単に結合される性質のものであるとは思われない。結局のところ、現実の社会における規範理論の適否を結果主義的に判断する作業が、法学研究においても有益であることは間違いないが、それによって規範理論の価値が大きく損なわれるものではないと考えるべきであろう。他方で、法理論の現実の効果・帰結を経験的に検証する研究も、それ自体として学問的有用性が承認されるべきである。裁判官たちの現実の活動を拘束するものが存在するのであれば、それを明らかにする作業は、明らかにしたくない現実——法になど従って判断していない——を暴露するという興味本位の意義のほかに、経験的分析としての固有の役割が存在していると考えべきであろう。この点に関連して、経験的分析に依拠した新たな法学説の登場についても検討しておきたい。

(2) ニュー・リーガル・リアリズムへの応答

法学における経験的分析のあり方については、著者自身、研究の途上であり、ここで体系的に整理された見解を示すことはできない。しかし、本稿で検討した Vermeule 教授の見解は、法学における経験的分析の限界を明らかにする上で興味深い内容を含んでいる。まず、Vermeule 教授が戦略的リーガリズムと名付けた裁判官の類型は、司法政治学における裁判官たちの行動分析に対する反論として理解することが可能である。司法政治学における研究は、個々

(77) Friedman, *supra* note 6 at 334-337.

の裁判官たちの投票行動に着目したものであるため、結局のところ、裁判官たちが結論に賛成したのか反対したのかという点だけに着目する。しかし、裁判官たちの活動は、そこで表明された結論だけが重要なわけではなく、その結論に至るまでの法的推論も同様に重要であることを忘れるべきではない。法律案の採決における議員の投票や大統領拒否権の場合とは異なり、法的結論を導き出す判決理由中の判断には法源として事実上の拘束力が認められており、このような法源としてその後の法的判断を制約する部分についても裁判官たちの戦略的な行動を想定することが可能である。このような意味で、Vermeule 教授が提示した戦略的リーガリズムにおける裁判官は、裁判所の状況に応じて法理論を調整すると想定されていることから、司法政治学において裁判官の戦略性を主張する学説とも一線を画するものと考えてよいであろう。司法政治学において裁判官たちの戦略的行動を提唱してきた Lee Epstein 教授らの研究は、連邦議会上院の多数党の変化に応じて裁判官の投票行動も変化していることを実証的に確認しようとするものであった。⁽⁷⁸⁾このような研究では、裁判官たちが合憲・違憲のどちらの結論に賛成したのかという結論に依拠して裁判官の戦略性が語られることになるが、憲法解釈を含む法解釈から導き出される法規範の定立こそが司法における法形成の本質であるとするれば、裁判官の戦略的行動は、むしろ結論を導くための判決理由中の判断においても重要性を有すると考えるべきであろう。この点、Friedman 教授が「法の独自性」を強調し、立法過程における投票行動と司法府における法形成の違いに注意を促しているのも、このような問題意識と共通するものと言ってよいと思われる。⁽⁷⁹⁾

また、Vermeule 教授の議論は、Thomas J. Miles 教授と Cass R. Sunstein 教授によって主張されたニュー・リーガル・リアリズムへの応答という側面を有⁽⁸⁰⁾

(78) See Epstein & Knight, *supra* note 36.

(79) Barry Friedman, *Taking Law Seriously*, 4 PERSP. ON POL. 261, 265-70 (2006).

(80) See Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *The New Legal Realism*, 75 U. CHI. L. REV. 831 (2008). ニュー・リーガル・リアリズムの主張については、正木宏長「ニュー・リーガ

している⁽⁸¹⁾。Miles 教授と Sunstein 教授は、裁判官たちの政治的選好が判決に影響を与えていることを明らかにした司法行動に関する経験的研究の成果を、新しい世代のリーガル・リアリズムとして理解することができると主張している⁽⁸²⁾。このような経験的分析が現実を暴露する以上にどのような意味があるのかは、規範理論と実証理論の関係を考える上で、興味深い問題であるが、先行研究が的確に指摘しているように、「結局のところ、いかなることをしなければならぬかという規範論が伴わなければ、経験的研究それだけでは実体を明らかにするという以上の通用力を持たないという、リーガルリアリズムが直面した課題に突き当たるのではないだろうか⁽⁸³⁾」との評価が適切であるように思われる。ちなみに、このような Miles 教授と Sunstein 教授の主張に対して、Eric A. Posner 教授は、それ自体が政治的には偏った考え方に基づくものであるかもしれない政府の行為を抑制することが裁判官たちに期待された役割であるとすれば、司法における政治的に偏った判断の存在も（限度内であれば）問題にならないという驚くべき結論をもって反論している⁽⁸⁴⁾。そして、システム効果の存在を前提とした分析に依拠した Vermeule 教授は、Posner 教授の見解を引用して、たとえ政治的に偏った判断や偏見の存在が事実であるとしても、その事実から憲法上の立法システム全体が政治的に偏った判断を行っているとの結論を導き出すことはできないという理解を提示している。ニュー・リーガル・リアリズムもシステム効果を考慮していない点で不完全な主張であるというわけである⁽⁸⁵⁾。

ルリアリズムとアメリカ行政法——マイルズとサンステインの挑戦——」立命館法学 341号（2012年）を参照。

(81) 大沢・前掲注57

(82) Miles & Sunstein, *supra* note 80, at 834.

(83) 正木・前掲注80・100頁

(84) Eric A. Posner, *Dose Political Bias in the Judiciary Matter?* 75 U. CHI. REV. 853, 855 (2008).

(85) Vermeule, *supra* note 42 at 42-44.

おわりに

それを戦略と表現すべきか、賢慮と表現すべきかは別として、裁判官たちが法を形成する際に、彼（女）らは外部の環境を考慮して活動しなければならないことは確かであろう。それゆえ、裁判官たちが法に拘束されることが当然であると考えても、裁判官たちを拘束するものは何かという問題を提起することには意味がある。問題は、そのような得体の知れない力学の存在をいかにして法学研究に取り込むのかである。本稿が検討した学説は、このような難問に対する有効なアプローチの可能性を示すものであった。著者は、たとえ後知恵であっても、裁判官たちの衆議に影響を与えた力学を明らかにし、法形成の動態を記述する試みには、経験的研究としての固有の意義が認められるべきであると考えている。それと同時に、社会における法と司法の役割を、それがもたらした結果に基づいて評価することにも、やはり固有の意義が認められてよいであろう。問題は、このような経験的研究が法学研究においていかなる位置を占めることができるのかについて——特に、その法理論形成との関係性について——体系的な理解を提示することであり、このような研究はわが国においてもさらなる検討が望まれる研究領域であると考えている。本稿は、その手がかりを探るために、経験的分析の成果に取り入れて、裁判官たちを拘束するものを明らかにしようとした研究の一端を検討した。このように、本稿はあくまでも長い道のりの序章にすぎない。

[付記] 本稿は、山元一教授を研究代表者とする科研費「憲法と各法分野の役割分担・再考」（24530031）の助成を受けた研究成果の一部である。